

Id Cendoj: 28079110012008101137  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 339/2003  
Nº de Resolución: 1114/2008  
Procedimiento: Casación  
Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN  
Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

**HIPOTECA:** En garantía de préstamo para la construcción. **DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA Y CONCELACIÓN PARCIAL DE HIPOTECA:** Acordada entre promotor prestatario y Caja de Ahorros acreedora hipotecaria casi un año después de la entrega de los pisos a sus compradores, repartiendo arbitraria e irregularmente la carga hipotecaria sin conocimiento de los adquirentes y liberando totalmente ocho de las veinticuatro viviendas sin pago alguno del préstamo y después de haberse concedido otro al promotor con garantía hipotecaria sobre su chalé particular. Improcedente nulidad de la constitución de hipoteca y procedente nulidad de la distribución de la responsabilidad hipotecaria y del subsiguiente procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. Interpretación del art. 123 LH en relación con otras normas de la propia ley y del Código Civil. Urbanización "La Ribera", Suances, vivienda 1º B.

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil ocho.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por D. Gaspar , D<sup>a</sup> Inés , D. Blas Y D<sup>a</sup> Marí Juana , contra la sentencia dictada con fecha 14 de marzo de 2002 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria en el recurso de apelación nº 284/00 dimanante de los autos de juicio declarativo de menor cuantía nº 297/94 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrelavega, sobre nulidad de constitución y distribución de hipoteca. Ha sido parte recurrida la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 25 de abril de 1994 se presentó demanda interpuesta por D. Gaspar , D<sup>a</sup> Inés , D. Blas y su esposa D<sup>a</sup> Marí Juana contra D. Alvaro , su esposa D<sup>a</sup> Luz y la entidad Caja Cantabria solicitando se dictara sentencia "declarando: a) la nulidad de referida escritura de constitución de hipoteca de 26.11.90, así como de las subsiguientes que de ella deriven, y la de distribución de hipoteca, de 28.9.92, y cuantas posteriores tengan su origen en ellas; b) la nulidad del procedimiento especial sumario del *art. 131 de la L.H.* promovido por Caja Cantabria en Autos 378/93 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Torrelavega ; c) la cancelación de las correspondientes inscripciones registrales derivadas de los dos apartados anteriores, cursando a tal fin los mandamientos oportunos y testimonio de sentencia al Registro de la Propiedad de Torrelavega; c) condenar al Sr. Alvaro y su esposa a otorgar a favor de mis mandantes las correspondientes escrituras públicas de compraventa de sus respectivas viviendas, en las condiciones pactadas en los contratos privados y totalmente libres de cargas y gravámenes, con la advertencia de que, de no otorgarlas personal y voluntariamente, serán expedidas a su costa por el Juzgado en ejecución de sentencia, en cuyo momento le será abonado por los demandantes la parte de precio que resta por pagar; y d) condenando a los codemandados a realizar en el Registro de la Propiedad indicado cuantas gestiones sean precisas para dar cumplimiento a la parte dispositiva del fallo, apercibiéndoles que, en caso contrario, se realizarán por el Juzgado y a su costa; con expresa condena en costas de los demandados".

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrelavega, dando lugar a los autos nº 297/94 de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, y emplazados los demandados, D. Alvaro compareció en las actuaciones pero no contestó a la demanda, D<sup>a</sup> Luz no compareció, por lo que fue

declarada en rebeldía, y la CAJA DE AHORROS DE SANTANDER Y CANTABRIA compareció y contestó a la demanda interesando se la absolviera de todas la pretensiones dirigidas contra ella con expresa imposición de costas a los demandantes.

TERCERO.- Con fecha 28 de marzo de 1996 se dictó sentencia estimatoria de la demanda, pero interpuesto recurso de apelación por la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria dictó sentencia el 25 de noviembre de 1997 mandando reponer las actuaciones al acto de la comparecencia del juicio de menor cuantía para que la parte demandante pudiera subsanar el defecto de falta de litisconsorcio pasivo necesario respecto de los propietarios de las viviendas de la urbanización "La Ribera".

CUARTO.- Ampliada la demanda contra todos los posibles interesados, de los cuales unos se allanaron, otros comparecieron sin oponerse a la demanda y otros interesaron el respeto a sus respectivas adquisiciones, el juicio se siguió por sus trámites.

QUINTO.- Con fecha 3 de septiembre de 1999 la Sra. Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrelavega dictó sentencia con el siguiente fallo: "Que, estimando la demanda formulada por el Procurador D. Francisco Javier Calvo Gómez, en representación de D. Gaspar , Dña. Inés , D. Blas y Dña. Marí Juana , en consecuencia declaro la nulidad de la escritura de constitución de hipoteca de 26-11-90, así como la de distribución de hipoteca de 28-9-92, y el procedimiento especial sumario del *art. 131 de la L. H. promovido por Caja Cantabria en autos Nº 378/93* del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Torrelavega, debiendo cancelarse las correspondientes inscripciones registrales derivadas de las anteriores declaraciones de nulidad, para lo cual se libraré mandamiento al Sr. Registrador del Registro de la Propiedad Nº 1 de Torrelavega, exceptuándose de lo anterior aquellas inscripciones de dominio causadas por las escrituras de compraventa otorgadas el 25-9-92 a favor de D. Jaime y Dña. Pilar y D. Guillermo y Dña. Dolores , ante el Notario de los Corrales de Buelna D. Luis Setién Villanueva Nº 985 y Nº 986 de su protocolo. Se condena a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y además a D. Alvaro y esposa a otorgar a favor de los actores las correspondientes escrituras públicas de compraventa de sus respectivas viviendas en las condiciones pactadas en los contratos privados suscritos y totalmente libres de cargas y gravámenes, y de no hacerlo personal y voluntariamente serán expedidas a su costa por el Juzgado en periodo de ejecución de sentencia, en cuyo momento los demandantes deberán abonar la parte del precio que les resta por pagar, con expresa condena en costas, tal y como se expone en el Fundamento Jurídico 7º de esta resolución."

SEXTO.- Contra dicha sentencia recurrió en apelación la demandada Caja de Ahorros de Santander y Cantabria.

SÉPTIMO.- Tramitado el recurso con el nº 284/00 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria, este tribunal dictó sentencia el 14 de marzo de 2002 con el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Caja de Ahorros de Santander y Cantabria contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 1.999 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrelavega (Cantabria) revocamos parcialmente la misma en el sentido de desestimar parcialmente la demanda declarando válida la escritura de constitución de hipoteca de 26 -11-90, la de distribución de hipoteca de 28-9-92, y el procedimiento especial sumario del *art. 131 de la L.H., promovido por Caja Cantabria en autos nº 378/93* del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torrelavega, conservando igual validez las inscripciones registrales derivadas de las anteriores, manteniendo la condena de Alvaro y esposa a otorgar a favor de los actores las correspondientes escrituras públicas de compraventa de sus respectivas viviendas, sin efectuar especial pronunciamiento de las costas causadas en ambas instancias salvo las de la primera generadas por la demanda a Caja de Ahorros de Santander y Cantabria, que serán abonadas por los actores".

OCTAVO.- Contra dicha sentencia interesó la parte demandante la preparación de recurso de casación al amparo del *art. 477.2-2º LEC de 2000* y, tras ser tenido por preparado, lo interpuso ante el propio tribunal de apelación articulándolo en nueve motivos: el primero por infracción del *art. 1275 CC* ; el segundo por infracción del *art. 1255 CC* ; el tercero por infracción del *art. 2 (apdo. 1 letras b y d) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*; el cuarto por infracción del *art. 6.4 del RD 515/89* ; el quinto por infracción del *art. 34 LH* en relación con el *art. 39* de la misma y con los *arts. 7 y 1251 CC* ; el sexto por infracción del *art. 123 LH* ; el séptimo por infracción del *art. 5 de la Ley 2/81* ; el octavo por infracción del *art. 25.4b) RD 685/82* ; y el noveno por infracción del *art. 131 LH* en relación con el *art. 132* de la misma.

NOVENO.- Personada ante esta Sala como recurrida únicamente la demandada Caja de Ahorros de Santander y Cantabria por medio del Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y admitido el recurso de casación por auto de 17 de enero de 2006 , dicha parte recurrida presentó su escrito de oposición pidiendo

se declarase no haber lugar al recurso, se confirmara la sentencia impugnada y se impusieran las costas a la parte recurrente.

DÉCIMO.- Por providencia de 8 de octubre del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 11 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es el tercero de los que conoce esta Sala relativos a la urbanización "La Ribera" de la localidad cántabra de Suances, conflictiva porque el promotor-vendedor recibió de los compradores de las futuras viviendas la mayor parte del precio pactado, no aplicó su importe a la cancelación del préstamo hipotecario concertado con la Caja de Ahorros codemandada después de los contratos de compraventa en documento privado y, una vez entregadas y a las viviendas a sus respectivos compradores, acordó con la misma Caja de Ahorros una distribución de la responsabilidad hipotecaria absolutamente arbitraria y desigual, pues ocho de las veinticuatro viviendas quedaron liberadas totalmente sin contraprestación alguna a favor de la Caja prestamista y la carga hipotecaria se repartió entre las otras dieciséis sin criterio racional alguno.

El primero de los recursos de casación (nº 3533/01), interpuesto por uno de los compradores que en su demanda había pedido la nulidad de la declaración de obra nueva y constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, así como la nulidad de la distribución de responsabilidad hipotecaria, fue desestimado por esta Sala en sentencia de 18 de junio del corriente año por no haberse citado como infringido ningún precepto específicamente referido a la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

El segundo de los recursos (nº 2246/02), en cambio, interpuesto por otro de los compradores, sí ha sido estimado por esta Sala en sentencia de 25 de noviembre de 2008 apreciando infracción de los arts. 123, 34 y 39 de la Ley Hipotecaria, citados en los motivos quinto (el 123) y cuarto (los arts. 34 y 39) del recurso.

Como quiera que el presente recurso es idéntico al nº 2246/02, ya que las diferencias se reducen a cuáles fueron las viviendas adquiridas por los respectivos demandantes-recurrentes (1º B en el rec. 2246/02 y 1º E y 3º B en éste), y toda vez que también coincidieron los respectivos pronunciamientos de las sentencias de primera instancia y apelación, habrá de darse por reproducido todo lo razonado en la sentencia resolutoria del recurso de casación nº 2246/02, ya que la división en dos motivos de lo que en aquel otro recurso constituía uno solo, el primero, articulándose ahora uno (el primero) fundado en infracción del art. 1275 pero citando también los arts. 6 (apdos. 3 y 4), 7, 1218, 1281 y 1282, todos del CC, y otro (el segundo) fundado en infracción del art. 1255 pero con cita añadida de los arts. 6.3 y 1275, todos también del CC, no altera en nada las consideraciones de esta Sala que entonces condujeron a desestimar un primer motivo que planteaba lo mismo que ahora los motivos primero y segundo del presente recurso.

Siendo por tanto admisible la motivación por remisión y dada la publicidad de las sentencias del Tribunal Supremo, esta sentencia se limitará a una síntesis de las razones que entonces determinaron la estimación de los motivos cuarto, quinto y octavo del recurso nº 2246/02 y que ahora imponen la estimación de los idénticos y correspondientes motivos quinto, sexto y noveno de este recurso, fundado el quinto en infracción del art. 34 de la Ley Hipotecaria, en especial de su párrafo segundo, en relación con el art. 39 de la misma ley y con los arts. 7 y 1251 del Código Civil, fundado el sexto en infracción del art. 123 de la Ley Hipotecaria y fundado el noveno, en fin, en infracción del art. 131 de la Ley Hipotecaria en relación con su art. 132.

SEGUNDO.- El conflicto común a los tres litigios causantes de los mencionados recursos de casación consiste en que el promotor de un edificio en Suances (Cantabria) vendió varias de las futuras viviendas en documento privado que incluía la previsión de un préstamo hipotecario en el que podrían subrogarse los compradores, hipotecó luego la finca junto con su esposa, únicos propietarios ambos de la misma por entonces, en garantía de un préstamo concedido por la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria e hizo la declaración de obra nueva y constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, según se le autorizaba en los documentos privados, pero después de entregadas las viviendas a sus respectivos adquirentes y constituida la comunidad de propietarios, acordó con la Caja de Ahorros, sin contar en absoluto con dichos adquirentes, una distribución de la responsabilidad hipotecaria absolutamente arbitraria, irracional y sin contraprestación alguna para la Caja de Ahorros que cuatro días antes había concedido al promotor otro préstamo más, con garantía hipotecaria sobre un chalé de su propiedad, y a la que constaba

que las obras de edificación habían finalizado varios meses antes de la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Los hechos, pues, son los mismos e idénticos fueron los pronunciamientos de ambas instancias; y como el presente recurso es asimismo idéntico en su contenido al nº 2246/02, idéntica debe ser también la decisión de esta Sala, pues asimismo los demandantes compradores, tras pagar al promotor-vendedor la mayor parte del precio pactado, adquirieron la propiedad de sus respectivas viviendas, mediante la entrega de llaves y toma de posesión, mucho antes de que se procediera a distribuir a sus espaldas la responsabilidad hipotecaria, y asimismo resultaron manifiestamente perjudicados por la arbitraria e injustificada asignación a sus respectivas viviendas de responsabilidades hipotecarias por 6.650.000 ptas. de principal para la vivienda 3º B y 6.300.000 ptas. de principal para la vivienda 1º E.

En síntesis, no procede estimar los motivos orientados a la nulidad de la constitución de la hipoteca porque ésta respondió a un préstamo a la construcción concedido al promotor cuando éste y su esposa eran aún propietarios de toda la finca, teniendo la Caja de Ahorros la condición de tercero hipotecario respecto de los contratos privados de compraventa previamente celebrados por el promotor y no pesando sobre dicha entidad las obligaciones impuestas a promotores y vendedores de viviendas por la normativa protectora de los consumidores y usuarios. En cambio, sí procede estimar dos de los tres motivos orientados a la nulidad de la distribución de la responsabilidad hipotecaria y cancelación parcial de esa misma hipoteca, así como el dirigido a la anulación del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, porque el *art. 123 de la Ley Hipotecaria no puede interpretarse sin ponerlo en relación con el párrafo segundo del art. 20, con el párrafo segundo del art. 34*, con los *arts. 38 y 39, todos de la misma ley*, y con el *art. 221 del Reglamento Hipotecario*, ni al margen de los *arts. 6.2, 1876 y 1879 del Código Civil* o del régimen jurídico del propio Código para las obligaciones solidarias. En definitiva, la Caja de Ahorros faltó a la buena fe actuando a espaldas de quienes, como admite la propia sentencia recurrida, eran terceros poseedores y resultaban notablemente perjudicados al ver incrementadas sus respectivas obligaciones de pago en 13.622.000 y 14.373.000 ptas. por la deuda acumulada del promotor.

Finalmente, el argumento de la sentencia recurrida de que la distribución sólo perjudicaba a la Caja de Ahorros y su nulidad en nada beneficiaría a los demandantes no puede compartirse, ya que, de un lado, la liberación total de ocho viviendas que iban a continuar inscritas a nombre de su deudor podía indudablemente beneficiar a la Caja de Ahorros como acreedora del mismo y, de otro, la nulidad de la distribución efectivamente comporta la subsistencia de la hipoteca sobre todo el edificio pero también, por ser imputable tanto al promotor como a la Caja, que esta última, pese a facultarla el *art. 123 de la Ley Hipotecaria* para repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas resultantes de la división, deba cuidar sin embargo de no causar a los compradores de las viviendas más perjuicios de los que ya han sufrido por la actuación del promotor pero también, desde luego, por la falta de buena fe de la propia entidad de crédito.

TERCERO.- Asimismo idénticos deben ser los pronunciamientos sobre las costas de ambas instancias y del recurso de casación, conforme a los *arts. 523 y 710 LEC de 1881 y 398.2 LEC de 2000* aplicables al respecto, ya que fueron los demandados D. Alvaro, Dª Luz y Caja de Ahorros de Santander y Cantabria quienes dieron origen al importante conflicto de la urbanización "La Ribera" de Suances, por lo que ellos deben pagar las costas de la primera instancia causadas al demandante pese a no prosperar su pretensión de nulidad de la escritura de constitución de hipoteca, en tanto las del recurso de apelación no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes, ya que procedía su estimación parcial precisamente respecto de dicha nulidad sí declarada en primera instancia, y otro tanto procede en cuanto a las costas del recurso de casación por haber sido en parte estimado.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

1º.- ESTIMAR EN PARTE EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Gaspar, Dª Inés, D. Blas Y Dª Marí Juana, contra la sentencia dictada con fecha 14 de marzo de 2002 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria en el recurso de apelación nº 284/00.

2º.- CASAR EN PARTE la sentencia recurrida, en cuanto únicamente mantiene la estimación de la demanda respecto de los demandados D. Alvaro y Dª Luz.

3º.- En su lugar, CONFIRMAR EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA, salvo en su declaración de nulidad de la escritura de constitución de hipoteca de 26 de noviembre de 1990 y acuerdo de cancelación

de la inscripción o inscripciones registrales correspondientes y derivadas de tal declaración.

4º.- Imponer a los demandados D. Alvaro , D<sup>a</sup> Luz y Caja de Ahorros de Santander y Cantabria las costas de la primera instancia causadas a los demandantes, no imponiendo a ninguna de las partes las causadas por la intervención de los demás demandados.

5º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por los recursos de apelación y casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marín Castán.-José Ramón Ferrándiz Gabriel.-Clemente Auger Liñán.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.